



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 120/2022

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 30 de mayo de 2022, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Agua, Agricultura, Ganadería, Pesca, Medio Ambiente y Emergencias (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 13 de mayo de 2022 (COMINTER 138228 2022 05 13-00 43), sobre resolución de contrato del servicio de acceso en autobús a las playas del Parque Regional de Calblanque durante los años 2021 y 2022 (exp. 2022_160), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Orden de la Consejería de Agua, Agricultura, Ganadería, Pesca y Medio Ambiente de 28 de mayo de 2021 se adjudicó el citado contrato de “Servicio de acceso en autobús a las playas del parque regional de Calblanque durante los años 2021 y 2022” (Expediente 17004/2021) a la mercantil “International Bus Castro, S.L.” (en lo sucesivo “el contratista”) por un importe total de doscientos cincuenta y cinco mil cuatrocientos noventa y siete euros con cincuenta y seis céntimos (255.497,56 euros). Su objeto era el transporte en autobús a las playas del referido parque regional, así como tareas de información y venta de tickets, con el fin de garantizar la sostenibilidad ambiental de este espacio protegido durante el período estival de 2021 y 2022, con posibilidad de una prórroga hasta el 27 de agosto de 2023.

SEGUNDO.- El contrato se formalizó el 5 de julio de 2021 quedando en suspenso hasta que se dictara resolución por el Tribunal Central de Recursos Contractuales ante la presentación por una de las empresas licitadoras de un recurso especial en materia de contratación. La resolución desestimatoria del mismo fue acordada el 17 de julio de 2021.

TERCERO.- En la cláusula tercera del contrato se estableció un plazo de ejecución desde la fecha de formalización hasta el 28 de agosto de 2022, con dos periodos de trabajo efectivos: en la anualidad 2021 desde la firma del contrato hasta el 29 de agosto, y en la anualidad 2022 desde el 25 de junio hasta el 28 de agosto.

CUARTO.- Se inició la ejecución del contrato tramitándose dos certificaciones con abono al contratista de 53.160,29 euros, la correspondiente al mes de julio de 2021, y 63.808,54 euros por la relativa al mes de agosto del mismo año.

QUINTO.- El día 28 de febrero de 2022 el contratista presentó un escrito en el que exponía que se había producido un cambio notable en la coyuntura económica desde que el contrato fue adjudicado provocando un encarecimiento en todos los costes, adjuntando una tabla comparativa entre los costes unitarios considerados por el Observatorio de costes del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana correspondientes a un autobús estándar de 39 a 55 plazas en una zona con el coste de personal más bajo, comparando dos escenarios, el de enero de 2021 (empleado para su proposición económica) y el de enero de 2022, el cual no recogía

completamente el escenario real que actualmente se estaba produciendo. Afirmaba que según la tabla se evidenciaba un incremento del 7.19 % de los costes unitarios, destacando el incremento del 29.36% de los costes de combustibles, incremento este último que no reflejaba el impacto real, puesto que de enero a marzo el incremento había continuado hasta superar el 40%. En consecuencia, señalaba que, dada la coyuntura de encarecimiento de todos los costes, y visto el escaso margen comercial con el que contaba el contrato, le resultaba imposible llevar a cabo la prestación del servicio correspondiente al año 2022, resultando insostenible en las condiciones económicas actuales, por lo que solicitaba que se tomaran las medidas oportunas.

SEXTO.- La Dirección General de Medio Natural remitió un escrito al contratista que lo recibió el 8 de abril de 2022 en el que se exponía que a la vista de las medidas puestas en marcha por el Gobierno de España con el Real Decreto-Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, que contemplaba entre otras acciones específicas de bonificación del precio del combustible y ayudas directas a empresas afectadas por la subida de los precios de los carburantes, a esa fecha no existían causas objetivas que imposibilitasen la ejecución del contrato y se le comunicaba que adoptara las medidas para la ejecución del contrato correspondiente a la anualidad de 2022, cuyo inicio estaba fijado para el ya próximo 25 de junio.

A la vista de este requerimiento, el 12 de abril de 2022 el contratista presentó un escrito de alegaciones reproduciendo lo ya manifestado anteriormente, añadiendo que, con respecto a los costes relativos al personal de información y venta de tickets para los que había aplicado el salario mínimo interprofesional, que éste había pasado de 44,99 euros por jornada laboral a 47,36 euros tras la aprobación del Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022. Esto suponía un incremento del 5,27% que hacía aún más insostenible la explotación de este servicio, por lo que concluía que prestar el servicio en 2022 resultaba insostenible para la empresa y pondría en riesgo el cobro de salarios del personal que se destinaba al servicio.

SÉPTIMO.- El responsable del contrato con el visto bueno del Subdirector General de Patrimonio Natural y Cambio Climático emitió un informe el 25 de abril de 2022 invocando la previsión del artículo 197 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) según la cual el contrato se ejecutará a riesgo y ventura del contratista, y respecto de las alegaciones formuladas por el contratista de no ejecutar la prestación correspondiente a 2022 se trataría de una causa de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación principal del mismo, según lo dispuesto en el artículo 211.1.f) de la misma ley, por lo que se proponía la resolución del contrato por dicha causa y la aplicación de las previsiones del artículo 213.3 LCSP según el cual: *“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”*.

OCTAVO.- Atendiendo la propuesta el 26 de abril de 2022 el órgano de contratación dictó Orden de inicio del procedimiento de resolución del contrato por aplicación de la causa prevista en el artículo 211.1.f LCSP, debiendo concederse audiencia al contratista y a la entidad avalista en el plazo de diez días para la formulación de alegaciones, notificada a ambas entidades por procedimiento electrónico el 27 de abril de 2022.

NOVENO.- Con escrito de 5 de mayo de 2022, el contratista formuló alegaciones indicando que ese momento concreto no se había producido el incumplimiento por su parte que justificase la resolución del contrato y que lo que sí era de aplicación era el artículo 211. C) LCSP que permitía la resolución del contrato por mutuo acuerdo porque, de acuerdo con el artículo 212.4, ello era posible al no concurrir ninguna otra causa y existir razones de interés público que lo aconsejaban, razones que consistían en que *“• Existe un alto riesgo de que, de persistir la situación actual, la prestación del servicio no pueda llevarse a cabo, algo que conllevaría no contar con un servicio de transporte en autobús para el periodo estival. Con ello, la entrada indiscriminada de visitantes al parque y a las playas supondrían exponer los valores naturales del mismo a un deterioro irrecuperable y a un daño persistente, que ya por sí mismo constituye una razón de interés público que sustentaría la resolución de mutuo acuerdo.*

Existe un alto riesgo de que, de persistir la situación actual, y aun cuando se llegara a iniciar la prestación del servicio en la fecha prevista en el contrato, no se pudiera continuar con el mismo durante todo el periodo estival si continua la escalada de precios que actualmente se está viviendo. Esto supondría exponer a los trabajadores que lleven a cabo la prestación del servicio a una posible situación de impago de salarios de llegar a un punto en el que, por mucho que se inste el principio de riesgo y ventura, la viabilidad de la empresa se vea comprometida o,

incluso, se llegue a la situación de concurso”.

Por su parte la entidad avalista no presentó alegaciones.

DÉCIMO.- Con fecha 12 de mayo de 2022 el Servicio de Contratación de la Secretaría General de la Consejería elevó su propuesta para la resolución del contrato por la causa establecida en el artículo 211.1.f) LCSP, proponiendo la incautación de garantía, de conformidad con el artículo 213.3 de la ley dado que el hecho de que la empresa adjudicataria tuviera un escaso margen comercial, menor aún que en el momento de adjudicación del contrato, no fundamentaba una resolución del mismo por mutuo acuerdo, ya que tal y como establece el artículo 197 de la LCSP “la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista...”, teniendo en cuenta, además que, en ese momento aunque el contrato se encontraba vigente, la empresa no estaba prestando ningún servicio a la Consejería, ya que la prestación se iniciaría el 25 de junio siguiente y que el Real Decreto-Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania estableció determinadas ayudas que podrían beneficiar al contratista.

UNDÉCIMO.- El mismo día, 12 de mayo de 2022, por el Servicio Jurídico se evacuó el informe sobre la propuesta, previsto en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) coincidiendo con ella en la obligación del contratista de ejecutar la prestación a su riesgo y ventura y, ante la petición de resolución por mutuo acuerdo, desestimándola por no poder adoptarse concurriendo otra causa imputable al contratista, como era el caso, ya que había incumplido su obligación principal, mostrando su conformidad con la incautación de la garantía.

DUODÉCIMO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, remitiendo una copia del expediente y el extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un procedimiento en el que se pretende declarar la resolución de un contrato administrativo suscrito por esta Comunidad Autónoma habiendo formulado el contratista su oposición a la propuesta por la causa alegada por la Administración, si bien se mostraría conforme con una resolución por mutuo acuerdo.

Con la referida oposición del contratista concurre el supuesto establecido en el artículo 190.3, a) LCSP, precepto adjetivo aplicable al procedimiento que nos ocupa por estar vigente en la fecha de su iniciación (como ha señalado este Consejo Jurídico en anteriores y numerosos Dictámenes, vgr. el nº 150/2014, de 26 de mayo, o el nº 253/2018, de 1 de octubre). La preceptividad del Dictamen se deriva, asimismo, del artículo 12.7 de la Ley regional 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

SEGUNDA.- Régimen jurídico aplicable. plazo máximo de resolución y procedimiento

I. Como hemos reiterado en numerosos Dictámenes (por todos, el nº 150/2014, de 26 de mayo), el régimen sustantivo aplicable a la resolución de un contrato administrativo es el vigente en la fecha de su adjudicación, mientras que el régimen adjetivo o sobre procedimiento es el vigente en la fecha de iniciación de éste. Por tanto, en el presente caso, en ambos aspectos es aplicable LCSP y el RGLCAP.

II. La vigencia de la nueva LCSP -desde el 9 de marzo de 2018- al momento en que se acuerda incoar el procedimiento de resolución, el 13 de abril de 2021, hace que le sea aplicable la regla contenida en su artículo 212.8, en cuya virtud los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses.

Por las consideraciones hechas en anteriores Dictámenes (por todos el Dictamen 245/2021) sobre la posible aplicación del precepto aludido en su condición de normativa estatal supletoria ante la inexistente normativa propia de CARM en la materia, y manteniendo el criterio de prudencia en ellos reflejados, se estima que el plazo de

tramitación del procedimiento debe ser el de tres meses establecido en el artículo 21.3 LPACAP. Iniciado el procedimiento por Orden de 26 de abril de 2022 se entiende que se está en plazo para resolver.

III. En cuanto a la tramitación realizada se entiende respetuosa con los preceptos que le son de aplicación (artículo 195.1 LCSP y 109 RGLCAP).

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

Entrando ya en la consideración sobre el fondo de la consulta planteada, la cuestión se centra en determinar si procede o no acordar la resolución del contrato objeto de la presente consulta con base en el incumplimiento que se le imputa a la empresa contratista.

El Servicio de Contratación ha formulado propuesta de resolución contractual por la causa legal de carácter general prevista en el artículo 211.1.f) LCSP, de acuerdo con el cual es causa de resolución de los contratos públicos, "el incumplimiento de la obligación principal del contrato".

Por su parte, el contratista, estando de acuerdo con la necesidad de resolver el contrato, ha expresado su oposición a que se acuerde por dicha causa y no por mutuo acuerdo, como propone, ya que entiende que no puede hablarse de incumplimiento en el momento en que la solicita toda vez que la prestación no debe llevarse a la práctica sino a partir del próximo 25 de junio, concurriendo sin embargo motivos de naturaleza económica que le impiden ejecutarla por la grave alteración que han provocado sobre sus costes.

Estamos pues ante una renuncia del contratista a ejecutar el contrato, renuncia que no está prevista como causa de resolución del contrato en la LCSP.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe número 27/1999, anterior a la LCSP y emitido en relación con un contrato de obras, lo que no afecta por lo que ahora interesa, ya señaló: *"1. Dos son las cuestiones que se suscitan en el escrito de consulta, consistiendo la primera en determinar si constituye causa de resolución de un contrato de obras la renuncia expresa del contratista adjudicatario, una vez formalizado el contrato, a ejecutar las obras objeto del mismo o, por el contrario para la resolución ha de esperarse a que se produzca la demora en el cumplimiento del plazo fijado y la segunda en determinar si, resuelto el contrato, la indemnización de daños y perjuicios debe fijarse como mínimo en la diferencia entre el importe actual del contrato y el nuevo importe por el que finalmente se contrate la ejecución de las obras.*

2. Es cierto, como se consigna en el escrito de consulta, que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no se refiere a la renuncia del contratista, a diferencia del desistimiento de la Administración, como causa de resolución, ni en el artículo 112, aplicable a los contratos en general, ni en el artículo 150, específico del contrato de obras, por lo que la cuestión primera que se plantea debe quedar centrada en determinar si la renuncia del contratista puede encajarse en el citado artículo 112 y en su apartado g) en cuanto considera causa de resolución el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.

A juicio de esta Junta Consultiva los términos en que aparece redactado el escrito de renuncia del adjudicatario no dejan duda de su intención de no ejecutar las obras, por imposibilidad de acometerlas se dice expresamente, por lo que, aunque no exista precepto expreso que configure la renuncia del contratista como causa de resolución debe entenderse que ello es debido, por aplicación de los principios generales de la contratación, a la consideración de la renuncia expresa como incumplimiento, no ya de los plazos de ejecución, sino de las obligaciones esenciales del contrato, entre las que con carácter principal figura la de ejecutar las obras objeto del contrato adjudicado".

En un caso de un contrato de servicios, como el ahora examinado, el Dictamen número 52/2020, del Consejo Consultivo de Canarias, se pronuncia en el mismo sentido. Se puede leer en él que *"En este sentido, y dada la identidad con otros supuestos similares al analizado en el presente caso, resulta oportuno reproducir la doctrina*

sentada por este Consejo Consultivo en relación con la renuncia unilateral al contrato por parte del contratista. Así, en el dictamen n.º 196/2015, de 21 de mayo, este Organismo consultivo tuvo ocasión de indicar lo siguiente:

«En el presente procedimiento concurre la causa de resolución contractual prevista en el art. 223.f) TRLCSP, considerando que el cese unilateral por la concesionaria de la prestación a la que venía obligada constituye un incumplimiento de la obligación más esencial del contrato, que es precisamente la realización de la prestación, sin que sus consideraciones acerca de los incumplimientos que imputa a la Administración la habiliten para la renuncia que llevó a efecto, abandonando la prestación del servicio. A estos efectos, es preciso tener en cuenta que, como de forma reiterada ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 11 de octubre de 1982 y 19 de junio de 1984, entre otras), aún en el supuesto de tales incumplimientos efectivamente existieran, ello no habilita a la concesionaria a incumplir sus propias obligaciones ni la habilitan, por lo tanto, para renunciar o abandonar el servicio, pretendiendo de esta forma la resolución del contrato por su sola voluntad.

(...)

En definitiva, se ha producido un incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, entre las que de forma indubitada se encuentra la de prestar el servicio que constituye su objeto, lo que habilita a la Administración, como pretende, para resolver el contrato por causa imputable a la concesionaria».

En idéntico sentido se pronunció el dictamen n.º 199/2004, de 11 de noviembre:

«Hay que coincidir con la propuesta de resolución que el cese unilateral por el contratista de la prestación a la que venía obligado por el contrato constituye un incumplimiento de la obligación más esencial del contrato que es precisamente la realización de esa prestación, por cuya razón concurre la causa de resolución tipificada en el art. 111.g) TRLCAP. En estos mismos términos se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 27/1999, de 30 de junio, según indica la propia Administración; y es que, ciertamente, si no cabe suspender unilateralmente la ejecución de un contrato por el contratista, ni siquiera invocando un supuesto incumplimiento de contrario, en virtud de la inaplicación de la conocida regla “exceptio non adimpleti contractus”, salvo en supuestos tasados, menos aún cabe admitir que pueda aquél dejar de prestar su prestación esencial (...)».

Es evidente que la intención del contratista es no realizar la prestación a que está obligado porque así lo ha declarado estando incurrido en la causa de resolución que la propuesta invoca, no teniendo que esperar a que llegue la fecha de 25 de junio para entender incumplida su obligación principal. La evidencia del propósito se demuestra también porque, aunque en un primer momento al comunicar a la Administración las dificultades que observaba y solicitar que se adoptaran las previsiones oportunas – aun admitiendo, a efectos dialécticos, que se refiriera a la modificación del contrato expresamente prevista en el Anexo I al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares – sin embargo, cuando recibió la comunicación de que sobre él pesaba la obligación de ejecutar el contrato a su riesgo y ventura, optó por proponer directamente la resolución por mutuo acuerdo.

Siendo ello así no es posible acceder a la resolución por mutuo acuerdo que pretende el contratista puesto que, como bien señala el Servicio Jurídico, no puede acordarse si concurre una causa imputable al contratista según el artículo 212.4 LCSP.

Junto con ello debe tenerse presente que según establece la LCSP en su artículo 211.2 “En los casos en que concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”. La primera y única causa ha sido el incumplimiento del contratista por lo que esta es la que ha de aplicarse y, en consecuencia, siendo su culpa la determinante de la extinción de la relación, se debe incautar la garantía a tenor de lo que establece el artículo 213.3, debiendo además indemnizar los daños y perjuicios que cause a la Administración.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede acordar la resolución del contrato “Servicio de acceso en autobús a las playas del parque regional de Calblanque durante los años 2021 y 2022” por la causa establecida en el artículo 211.1.f) LCSP.

SEGUNDA.- Al tratarse de resolución por incumplimiento culpable del contratista procede acordar la incautación de la garantía y la obligación de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios sufridos, a tenor de lo que establece el artículo 213.3 LCSP.

No obstante, V.E. resolverá.

